

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK TARİHİNDE METODOLOJİK FORMALİZMİN AŞILMASINDA İKİ YÖNTEM: İSTİHSAN VE EQUITY

Dr. Muharrem KILIÇ*

*"Summum jus summa injura"
"Hakkaniyetin etkisi altında bulunmayan
kanunun sertliği adaletsizliktir."*

The Two Methods of Tackling Methodological Formalism in the Comparative Legal History: Istihsan and Equity

The legal systems differ from each other concerning their material and formal sources. However, they all share a universal and objective principles of justice, equity and common good. This article attempts to demonstrate this very concept, within the context of Islamic law and common law. Although they have different sources, equity in the common law and istihsan in the Islamic law serve as a universal principle to tackle the methodological formalism of both legal systems. Both notions of istihsan and equity encompass the idea of justice, common good, utility and etc. Moreover, both of these methods derived from the notion of natural law.

I. Giriş

Hukuk tarihinde tarihsel oluşumları, kaynakları ve metodolojileri açısından kendilerine özgü niteliklere sahip olan İslam ve İngiliz hukuk sisteminin birbirlerinden ayrılan yönlerinin varlığının doğallığı kadar, bünyelerinde oluşturdukları hukuk-kuramsal ve kurumsal yapıları arasında benzerliklerin varlığı da doğaldır. Karşılaştırmalı hukuk tarihi çalışmalarına zemin oluşturan bu benzerliklerin arkaplanında

* Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Araştırma Görevlisi.

yatan gerçekliğinde, hukuk kavramının anlam ve içeriğinin bütün toplumlar için temelde özdeş bir kavramsal çerçeveye karşılık gelişinde gizli olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk ister pür seküler, ister dinsel nitelikli olsun, toplumsal yaşamı düzenlemeyi amaçlayan sosyal düzen kurallarının en önemlisidir. Bu nedenle, toplumsal yaşam biçimi ile karakterize edilen insanın salt beşeri bir gereksinimi olarak tarihin her evresinde var olagelen hukuk sistemleri insanların ortak kültürel birikimlerini yansıtır. Bu kültürel birikimlerin karşılaştırmalı bir çalışmaya konu edilmesi hiç kuşkusuz, her bir hukuk sisteminin kuramsal ve kurumsal anlamda gelişimine katkıda bulunur.

Bu çalışmanın temel amacı, iki ayrı hukuk sisteminin oluşum ve gelişim evresinde pozitif hukukun toplumsal gereksinimleri karşılama noktasındaki yetersizliklerini giderme fonksiyonunu haiz iki metodik enstrümanın analizini karşılaştırmalı bir biçimde ele almaktır. Kendi özgül tarihsel süreçlerinde varlık kazanan bu iki metodik araç artsüremli bir çalışmanın konusu edilmiştir. Zira, bu iki hukuk sisteminin kendi özgün oluşum ve gelişim tarihlerinde boy veren bu kavramların iki ayrı tarihsel kesitte izini sürmek mümkündür. Karşılaştırmaların temel tutamak noktalarını ise, her iki hukuk sistemi arasında tarihsel oluşum ve gelişimleri açısından varolan bir takım paralellikler oluşturmaktadır.

Nitekim mahkeme kararları ile gelişen İngiliz hukukunun oluşum ve gelişim evrelerinde yargıçların yargısal faaliyetleri başat bir role sahip olmuştur. Benzer biçimde, İslâm hukukunda da pozitif hukukun gelişim ve sosyal değişime koşut olarak dönüşümünde fetva ve yargısal kararların öncü konumda bulduklarını ifade edebiliriz. Bu noktada, İslâm hukukunun fiili gereksinimler ve yargısal uygulamalardan değil, dini ve ahlaki düşüncenin bir gerekliliği olarak ortaya çıkmış bulunan pür teorik ve spekülâtif bir hukuk olup, İslâm hukukunu Roma hukuku gibi hukuk bilginlerinin hukuku olarak gören¹ klasik oryantalistik bakış bir yanılısamadan ibarettir. Fetvayı İslam hukuk doktrinlerinin gelişim ve değişiminin baş aktörü olarak değerlendirmek ve İslam hukukunu hukuk bilginlerinin hukuku değil, *müftülerin* hukuku olarak nitelendirmek² ve bu noktada İslam hukuku ile İngiliz hukuku arasında bir benzeşimin varlığından söz etmek tarihsel gerçekliğe daha uygun olsa gerektir. Zira ictihadi hukuk ya da yargıç hukuku olarak nitelendirilen İngiliz hukukunun gelişim süreci ile, ilk dönemde fetva, yargı kararları ve farazi hukuk formunda varlık kazanan pozitif hukukun (furû) oluşumundan sonra hukuk teorisi ve metodolojisine (fikih usulü) geçişin yaşandığı İslam hukuku arasında bir benzerlik kendisini göstermektedir.

Daha özelde metodolojik düzlemde ise, her iki hukuk sisteminin genel hukuk teorileri ve uygulamalarında *equity* ile *istihsan* arasında böyle karşılaştırmalı bir çalışmayı anlamlı kılacak ölçüde bir benzerliğin olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim bu benzerlik, İslam hukuku alanında söz sahibi olan yazarların çalışmalarında ifadesini bulmuştur. Örneğin, Tyan istihsan yorumunun equity temelinde bir akıl yürütme biçimi olduğunu öne sürer. İslam hukuku alanında yeni yasal düzenlemelerin yapıl-

¹ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, s. 209.

² Hallaq, Wael B., "From Fatwas to Furu: Growth and Change in Islamic Substantive Law", *Islamic Law and Society*, 1 (February 1994) s. 65.

masında veya zaruret, gerekisinim, yarar ve kolaylık gibi pratik sosyal değerlendirmeler temelinde, var olan hukuk kurallarının yorumunu daraltan ya da genişleten bir yöntem olarak nitelendirir. Ona göre, İslam hukukunda zamanla katı ve literal bir yorumlama yöntemi olarak varlık kazanan kıyas karşısında, istihsanın hukukun ruhu, gayesi ve temel sosyal amacı doğrultusunda yorumlanmasının yöntemi olarak gelişmiştir.³ Karşılaştırmaya konu olan benzerliğin temel yapıtaşını her iki metodik enstrümanın teorik arkaplanını oluşturan doğal hukuksal perspektifin öngördüğü adalet ve hakkaniyet idesine dayalı hukuk tasarımı oluşturur. Bu bağlamda İngiliz hukukunda equity⁴, hukukun sosyal değişimler karşısında devinimini sağlayacak olan ve hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda hukukun yorumlanması amacına hizmet eden salt metodik bir araç değildir. Bunun dışında equity, İngiliz hukuk tarihinde hukuksal formalizm temsil eden common law⁵ mahkemelerinin karşısında, uygulamada adalet ve hakkaniyet ilkelerini hukuk yorumunda egemen kılmayı amaçlayan yargısal bir mercii de (equity mahkemeleri) deyimler. İslam hukuk tarihinde ise, salt istihsan uygulamaları ile yetkilendirilmiş ayrı bir yargısal mercii varlığından söz edemeyiz.⁶ İstihsan ve benzeri metodolojik kavramların (istislah gibi) genel hukuk

³ Bkz., Makdisi, John, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *The American Journal of Comparative Law*, c. 33 (1985), s. 68; Tyan'ın yaklaşımının tersine Makdisi, İslam hukukunda Batılı hukuk geleneğindeki benzer bir equity kavramının olmadığını öne sürer. Ona göre, pozitif hukuktan ayrı ve onun ötesinde vicdani ilkeler bütünü olarak varlık kazanan ve meşruiyetini doğal hak ve adalet inancından alan equity'nin, hukukun temel kaynaklarının vahiy temelinde dayandığı İslam hukuku ile çeliştiğini iddia eder. Makdisi, John, "agm.", s. 67.

⁴ İngiliz hukuk sistemindeki Equity hukukunu, 'hakkaniyet hukuku' kavramı ile karşılayabiliriz. Kuvvetler ayrımının bulunmadığı hukuk sistemlerinde siyasal erkin başı olan hükümdar ya da kral ya da onun temsilcisi olan kişi pozitif hukukun katı kurallarını equity/hakkaniyet adına esnetme ya da yumuşatma yoluna gitmiştir. Roma hukukunda bu görevi pretörler yaparken, İngiliz hukukunda da krallık divanı (lord chancellor) yapmıştır. Ancak bugünkü anlamıyla hakkaniyet kavramı, en üst bir ahlaki düşünceyi deyimleyen adalet kavramından farklı olarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde adaletin gerçekleştirilmesi başvurulan bir kavramdır. Dolayısıyla hakkaniyet kavramını 'somut olay adaleti' ya da 'bireysel adaletin gerçekleştirilmesi' olarak da nitelendirebiliriz. Bkz., Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 35-38. Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, s. 58.

⁵ Common law; (İngiliz ortak hukuku/ortak hukuk sistemi) yasama organı tarafından vaz' edilen hukuktan ayrı olarak, meşruiyetini eski örf ve adetlerden ya da bu örf ve adetleri benimseyen ve uygulayan mahkemelerin yargısal kararları ya da hükümlerinden alan hukukun adıdır. Bkz., Black, H. Campbell, *Black's Law Dictionary*, s. 144.

⁶ İslam hukukunda equity'nin mezalim mahkemeleri ve özel mahkemeler biçiminde varlık kazandığını öne süren Khadduri, bu mahkemelerin, prosedürel adaletin geliştirilmesi ve İslam hukukunda uygulanabilir bir kuralın bulunmadığı sorunlara cevap veren bir pozitif hukuk bütünü sunması amacıyla düzenlendiğini ifade eder. Ona göre, prosedürel adaletin geliştirilmesini amaçlayan Roma'da praetor ve İngiliz equity'sinde şansölye mahkemesine (chancery) benzer biçimde, İslam hukuk tarihinde normal mahkemenin yargılama yetkisine girmeyen prosedürel adalet ve hukuk davasına ilişkin sorunları çözmek için mezalim mahkemeleri varlık kazanmıştır. Olağan mahkemelerin yetki alanı dışında kalan davalara bakılan mezalim mahkemelerini bu dar anlamında equity mahkemelerine benzetmektedir. Ancak mezalim mahkemeleri İngiliz equity mahkemeleri arasında böyle bir benzerliğin kurulması pek isabetli görünmüyor (Khadduri, Macit, *The Islamic Conception of Justice*, s. 156-157). Zira İslam tarihinde devletin yargı sistemi içerisinde mezalim mahkemeleri daha çok idari davalara bakan bir idari yargı kurumu olarak var olagelmıştır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 167-174; Akyüz, Vecdi, *İslam Hukuku'nda Yüksek Yargı ve Denetim: Divan-ı Mezalim*, İstanbul 1995).

teorisi ve yargısal uygulamalar içerisinde içselleştirildiğini ifade edebiliriz. Roma hukukunda doğal hukuk ya da hakkaniyet ilkelerinin varolan hukuk -pozitif hukuk- içerisinde özümsemesi yönüyle de İslam hukuku ile Roma hukuku arasında bir benzerliğin varlığından söz edebiliriz.

Çalışmamızda hukukta metodolojik formalizmin aşılmasında equity mahkemelerinin genel hukuk teorisi ve uygulamasına yansıyan metodik katkıları ile, istisnanın İslam hukuk teorisi ve uygulamasındaki katkıları analiz edilmeye çalışılacaktır. Benzer metodik ve pratik amaçlara hizmet eden bu iki kavram, her iki hukuk sistemi için temelde özdeş bir işlevselliğe sahip olagelmışlerdir. Son olarak, bu çalışmada pür teorik bir çerçeveye çizmekle yetinmenin bu kavramlara ilişkin kuşatıcı ve realist bir panoroma sunmasının imkansızlığı nedeniyle, uygulamada bu yönetsel araçların örneklerini sunmaya çalışacağız. Bu çerçevede, İngiliz hukukundan katı formalist yorum anlayışı ile çatışan Anglo-sakson geleneğe yirminci yüzyıl equity hukukçuları olarak nitelendirebileceğimiz enstrümantalistlerin yorumsama tutumlarını örnekleyeceğiz. Diğer yanda ise, onbirinci yüzyıl Hanefî hukuk bilginlerinden olan Serahşî'nin (öl. 483/1090) doktrinde zikrettiği istisnan uygulamalarını bir örneklem olarak alacağız.

II. Equity Law (Hakkaniyet Hukuku)

Sosyal ve kültürel yaşamda aktif ve aktüel bir konuma sahip olan hukukun fonksiyonel ve teleolojik karakterini yansıtır biçimde, "*adaletle yönelmiş bir toplumsal yaşam düzeni*" olarak tanımlanması mümkündür. Bu tanımlama gereğince hukuk kavramı, düzen, adalet ve sosyal gereksinimleri karşılama olmak üzere üç temel fonksiyonu içerir.⁷ Buna bağlı olarak da, hukuk normlarının üç temel niteliği bulunur: biçim/norm, sosyal olgu ve değer yargısı. Sosyal yaşamı düzenleme amacı güden hukuk, sosyal yaşamla ilgili olmak ve gereksinimlere yanıt vermek durumundadır. Bu yüzden hukuk normunun oluşumunu sosyal yaşam ve gereksinimleri belirler.⁸ Bu üç temel niteliği açısından ele alınması zorunlu olan hukuk, bir sosyal olay olmanın yanı sıra hem bir norm ve hem de değer kimliğini taşıyıcı bir kavramdır. Bu yönüyle hukuk sosyolojik, normatif ve felsefi olmak üzere her üç açıdan da ele alınmak durumundadır.⁹ Bir değer kimliği taşıması nedeniyle hukukun felsefi açıdan ele alınışında, hukukun normatif/biçimsel yönünün arkaplanında var olan ve pozitif hukukun bir anlamda meşrulaştırma aracı olan hakkaniyet, adalet ve nısfet ilkeleri açısından hukuk sistemleri eşittir. Nitekim, "nerede toplum varsa orada hukuk vardır" (*Ubi societas ibi jus*) özdeyişi gereğince hukuk ile birlikteliği kaçınılmaz olan toplumsal yaşamı düzenleme altına alan sosyal düzen normlarının en önemlisi olan hukukun amaçlarını, sosyal gereksinimlerin karşılanması, eşitlik, kamu düzeni, adalet ve benzeri nitelikler oluşturur.¹⁰

⁷ Bkz., Çağlı, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, s. 23; Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 13.

⁸ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, s. 28-29.

⁹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 142.

¹⁰ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 19.

İlkesel olarak, 'bütün hukuk bir oluş içerisinde bulunur; bugünün hukuku, geçmişin hukukundan geleceğin hukukuna bir geçişi' temsil eder.¹¹ Hukukun doğasında içkin olan bu devingen sürecin bilincinde olarak hukuk sistemlerinin, bütünlüklü bir analizi için kendi özgül tarihsel gelişim serüvenleri ışığında ele alınmalarının gerekliliği ortadadır. Ancak, özellikle İngiliz hukukunun bu perspektifle ele alınarak tarihsel orijininin analiz edilmesi zorunludur. Zira, bazı hukuk sistemleri diğerlerine göre, sosyal ve ekonomik değişimlere rağmen kendi geçmişine ve hukuk düşüncesinin geleneksel formlarına daha sıkı bağlıdır. Bunların başında da, kara Avrupası hukuk sistemlerinin tersine, Roma hukukundan oldukça az etkilenen İngiliz hukuk sistemi gelmektedir.¹² O yüzden bu çalışmamızda İngiliz hukukuna ilişkin sunacağımız tarihsel panaromanın yeterli ölçüde geniş tutulmasına özen göstereceğiz.

1. Kavramsal Çerçeve

Latince *aequitas* veya *aequas* sözcüklerinden türeyen equity¹³ terimi üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, ahlak (morality), doğal adalet (natural justice), dürüstlük (honesty) ve doğruluk (uprightness) kavramları ile karşılanan terimsel anlamıdır. İkinci olarak ise, hukukun belirlenmiş kurallarını esneten 'doğal adalet ilkesi' anlamında kullanılır. Hukukun yetersiz, katı ya da teknik olduğu durumlarda adalet (justice), hakkaniyet (equity) ve kamu vicdanı ile hukuk desteklenecektir. Üçüncü anlamıyla equity, belirli kurallar bütününe ifade eder. Bu anlamıyla equity, common law'un ve yasama hukuku'nun (statute law) kurallarına paralel bir sistemi deyimler. İngiliz hukukunda equity konu edildiği zaman, terimin öncelikle bu teknik ve dar anlamıyla kullanıldığını söyleyebiliriz.¹⁴

Kökenini Yunan düşüncesinde bulduğumuz hakkaniyet (*epieikeia/aequitas*) kavramı¹⁵, Roma hukukunda formalist pozitif hukukun yanında, değişen toplumsal ilişkilerin doğurduğu yeniliklerin karşılanması amacıyla daha serbest bir hukukun gelişimine olanak sağlamıştır. Katı, sert ve oldukça teknik olan Roma medeni hukuku (*ius civile*), Roma toplumunun gereksinimlerine cevap verememesi ya da yetersiz kalması nedeniyle, hakkaniyet (*aequitas*) ilkesi önce yabancılar hukukunda (*ius gentium*) varlık bulmuştur. Daha sonra hakkaniyet (*aequitas*) ilkesinin Roma hukuk sistemi içerisinde özümsemişi görülmektedir.¹⁶ Aslında common law ve equity ayrımını yalnızca İngiliz hukuk sistemine özgü bir ayırım olmayıp, tüm gelişen toplumların hukuk sistemlerinde görünen bir ayırım olmuştur. Benzer ayırımın yukarıda da belirttiğimiz üzere, Roma hukuk sisteminde de önemli bir yere sahip olduğunu görmekte-

¹¹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 145.

¹² Bkz., Zweigert, K.- Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, s. 188. Cottrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, s. 22.

¹³ Salmond, John, *Salmond's Jurisprudence*, s. 202.

¹⁴ Bkz., Rahim Bakhsh, *Principles Maxims and Leading Cases in Equity*, s. 1; Martin Elizabeth A., *A Concise Dictionary of Law*, s. 151.

¹⁵ Aristo, adalet (justice) ve hakkaniyet (equity) kavramlarının her ikisinin de erdemli olmak anlamlarına gelmekle birlikte, hakkaniyetin (equity) daha üstün olduğunu ifade eder. Bkz. Aristotle, *Ethics* (trans. J.A.K. Thomson), s. 199.

¹⁶ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 204.

yiz.¹⁷

Ancak, Roma-Cermen hukukunun temel karakteristiğini oluşturan kamu hukuku ve özel hukuk ayırımının İngiliz hukukunda yer almadığını görüyoruz. Kara Avrupası hukukundan farklı olarak kendine özgü bir sistematik ve hukuk anlayışını temsil eden İngiliz hukukunda, common law ve equity ayırımının yapıldığını ve bu temel ayırımın İngiliz hukukunun tarihsel oluşum ve gelişiminde belirleyici bir role sahip olduğunu görmekteyiz. Uygulamada kamu-özel ayırımına karşılık gelen bu ayırımın varlığını sürdürdüğünü ifade edebiliriz.¹⁸

2. Tarihsel Arkaplan

Tarihsel süreçte İngiltere'de equity'nin gelişimi onüçüncü yüzyılın sonunda I'in Edward'ın hükümlerine kadar geri götürülebilir. O dönemde Kral mahkemesi (the King's Bench), hukuk mahkemesi (the Common Bench) ve Hazine mahkemesinden (Exchequer) oluşan üç büyük yargı organınca formüle edilip geliştirilen ve ülkenin genel örfüne (common custom) dayanan hukuk common law olmuştur.¹⁹ Altıncı yüzyılda İngiltere'de gezici yargıçlar tarafından geliştirilmiş ve gelenek hukukuna dayanmış olan common law sisteminde hukukun yaratıcısı yargıçlar olmuştur. İngiltere onsekizinci yüzyıldan sonra başlayan kanunlaştırma girişimlerinin dışında kalmış ve İngiliz hukuku 'örnek olay hukuku' niteliğini korumuştur. Toplumal gelişim ve değişimin etkisi ile İngiliz hukuku, ondokuzuncu yüzyıldan günümüze değin yasama hukuku (statute law) olarak adlandırılan ve yasama organınca çıkarılan yasalarla common law'un eksikliklerini tamamlamıştır.²⁰

İngiliz hukuk sisteminde kökenini eski örf ve adetlerden ve bu örf ve adetlere ilişkin yargısal icthadlardan alan hukuk kurallarının bütünü²¹ olarak tanımlanabilecek olan common law,²² eski common law mahkemelerince ülkenin genel örfüne (common custom) dayanarak formüle edilmiş, geliştirilmiş, uygulanmış ve orijinalinde yazılı olmayan hukuktur. Bu hukuk adalet, hakkaniyet ve nısfet ilkelerini uygulayan şansölye mahkemesi (court of chancery) tarafından uygulanan kurallar bütününe ifade eden equity hukukundan ayrıdır.²³ İngiliz tarihinin geçmiş yüzyıllarında kök salmış olan common law geleneği, hukukun evrimsel gelişiminde yargıçların merkezi statüsünü ortaya koyan ve mahkeme kararlarıyla oluşan hukuk doktrininde içkin

¹⁷ Farrar, John H.- Dugdale, Anthony M., *Introduction to Legal Method*, s. 34.

¹⁸ David, René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (çev. Argun Köteli), s. 313.

¹⁹ Salmond, John, *a.g.e.*, s. 204.

²⁰ Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s. 13-14.

²¹ Ovacık, Mustafa, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, s. 75.

²² "Normanların istilasından (1066) sonra ilk üç yüzyıl boyunca kraliyet mahkemeleri (royal courts) tarafından geliştirilen kurallara dayanan ve yerel örflerin (local customs) tersine bütün ülkede uygulanan İngiliz hukukunun bir bölümü" olan common law iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, medeni hukuka (civil law) karşı Anglo-amerikan hukukunu deyimler. İkincisi ise, Equity'nin karşıtı bir anlamda kullanılır. Bkz., Martin, Elizabeth A., *a.g.e.*, s. 77. Zweigert, K.- Kötz, H., *a.g.e.*, s. 195. Cotterrel, Roger, *a.g.e.*, s. 22. Dolayısıyla common law'un tarihini Normanların İngiltere'yi istila tarihi olan 1066'ya kadar geri götürebiliriz. Bkz., Parry, Clive, *İngiliz Hukuk Sistemi* (çev. Vakur Versan), s. 18.

²³ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 5.

olan bir hukuktur.²⁴

Katı bir hukuk sistemi niteliğini haiz olan common law ile haklarını elde edemeyip, krala başvuran dava taraflarının dilekçeleri krallık divanına (Lord Chancellor) gönderilmekteydi. Bu tür uyuşmazlıklarda Lord Chancellor (onüçüncü yüzyıldan onaltıncı yüzyıla kadar bir din adamı bu görevi yürütürken daha sonra bu görev meslekten hukukçulara verilmeye başlanmıştır) adaletin gereğini kendi vicdani kanaatine göre yerine getirmeye çalışıyordu. Onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda common law'u tamamlayan ayrı bir hukuk halini alan equity hukuku, ondokuzuncu yüzyılın başında bu yöndeki gelişimini tamamlamıştır. 1875'de adli reform yasası (Judicature Act) ile, her iki hukuk davalarına bakan mahkemeler birleştirilmiştir. İngiliz hukukunda kara Avrupası hukukundakinin tersine, pozitif hukukun uygulanması ile equity uygulaması arasında kesin bir ayrılık söz konusudur. Sosyal şartlardaki değişime koşut olarak pozitif hukukta değişimi öngören ve realize eden kara Avrupası hukukunda nesafet ilkesi, pozitif hukuk ile bütünleşmiştir.²⁵

Equity hukuku, katı olan common law'un usul hukuku ve maddi hukuk anlamındaki yetersizliklerini telafi etme ve onu tamamlama amacıyla var olagelmıştır. Adalet, hakkaniyet ve ahlak kurallarının gerektirdiği doğrultuda hukukun sosyal değişimler karşısında daha esnek bir karakterde olması sağlanmıştır. Kıta Avrupası hukukunda ise, hukukun bizzat kendi ilkeleri çerçevesinde sosyal değişime cevap verme yetkinliğini ortaya koymaya çalıştığını görmekteyiz.²⁶ Buna karşılık, common law'un bir şerhi gibi onun boşluklarını doldurma ve onu tamamlama biçiminde bir fonksiyon icra etmiş olan equity'nin ise,²⁷ tarihsel süreçte üç uygulama alanının varlığından söz edebiliriz. Bunlar, common law'daki katı usul'ün (inflexible procedure) esnetilmesi, yetersiz olan hakkın temini yollarının (inadequacy of remedy) genişletilmesi ve usulî eksiklik (defective procedure) nedeniyle belirli olaylarda common law'da yasal bir çarenin (relief) bulunmaması durumunda çareler sunulması şeklinde sıralanabilir.²⁸

Equity'nin common law/hukuk ile bir çelişki içerisinde olmayıp, hukukun yetersizliklerini telafi etmeyi ve toplumun ortaya çıkan gereksinimlerine uyum sağlamayı amaçladığını görmekteyiz.²⁹ Tamamlayıcı hukuk (supplementary law) niteliğinde olan equity'nin uygulandığı şansölye mahkemesi üç şekilde common law mahkemelerine yardımcı olmuştur. Bunlar,

- a. yeni haklar yaratmak,
- b. yeni yasal çareler (remedies) oluşturmak -sözleşmenin aynen ifası gibi-,
- c. yeni bir usul oluşturmak, -davalının kanıt sunmaya zorlanması gibi.³⁰

Tarihsel süreci içerisinde equity'nin, common law'a egemen olan hukuksal

²⁴ Cotterrel, Roger, *a.g.e.*, s. 21.

²⁵ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 204-205.

²⁶ David, René, *a.g.e.*, s. 314.

²⁷ Curzan, L.B., *English Legal History*, s. 97.

²⁸ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 4.

²⁹ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 5.

³⁰ Bkz., Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 4, 8.

formalizmden uzak bir biçimde, adalet ve hakkaniyet gibi doğal hukuksal üst-normlar düzleminde bir hukuk kuralları bütünü oluşturduğunu görmekteyiz. Adli reform yasasıyla (Judicature Act) ile 1873-1875 yıllarında gerçekleşen düzenlemelerle yargılama usulündeki düalist yapıya son verilmiştir. Bu yetki birleşimi ile common law ve equity kurallarının uygulanmasının tek bir yargı organından talep edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu reform, İngiliz hukukuna özgü olan equity ve common law ayırımını tümünden ortadan kaldırmış değildir. Bu temel ayırım varlığını sürdürmekle birlikte, etkinliğini zaman içerisinde kaybetmiştir.³¹ Bu yasa ile (Judicature Act) gerçekleştirilen değişimin amacı aslında bu iki hukuk sistemini birleştirmek değil, iki ayrı yargı sistemini ortadan kaldırmaktır. Bu amaçla Adalet Yüksek Mahkemesi (High Court of Justice) ve onun üzerinde bir temyiz mahkemesinden (Court of Appeal) oluşan yargı sistemi benimsenmiştir.³²

Başlangıçta equity mahkemesinde yargıcın yargılamada esas alacağı ilkeler bulunmadığı için, yargıç kendi sağduyusu ile hüküm veriyordu. Ancak zaman içerisinde uygulama ile birlikte, equity hukukunu şekillendiren ilkeler/maksimler ortaya çıkmıştır. Davanın adalet ve hakkaniyete uygun bir hükümle sonuçlandırılması noktasında common law'a kural ve usul açısından destek olan şansölye mahkemesi yargısal yetkisini belirli genel ilkelere dayanarak kullanmıştır. Equity maksimleri olarak adlandırılan bu ilkelere³³ bazıları şunlardır:

a. Equity hukuku izler *-Equity follows the law/Aequitas Sequitur Legem-*: Equity hukukunun uygulayıcısı olan hükümdar şansölyesi common law kurallarına karşı hukuk kuralları koyma amacını taşııyordu. Ancak hakkın kötüye kullanımını önlemek, iyi niyet ve hakkaniyet ilkeleri gibi kavramları hukuk uygulamasında devreye sokarak, common law'un sertliklerini gidermeyi amaçlıyordu. Equity mahkemeleri vicdani kanaatinin ve ahlaki kuralların gerektirdiği düzeltme ve tamamlamaları gerçekleştirmek amacıyla kraliyet yetkileri üzerine oturan özel yargı mercisi olmuştur.³⁴

b. Telifisi olmayan kusur yoktur *-No wrong without a remedy/Ubi jus ibi remedium-*: Bu maksim tüm equity hukuk biliminin kaynağını oluşturur. Equity'nin yargılama yetkisini tanımlayan ve düzenleyen hukuk doktrinleri ve kurallarının bütünündeki gelişiminde kendisini gösterir. Bu maksime göre, bir hak mahrumiyeti ya da gaspı söz konusu olduğu zaman buna hukuki bir çare (remedy) sunulur. Haklar ve çareler eşzamanlı olarak var olurlar. Örneğin, common law'a göre elindeki senedi (a sealed instrument) kaybolan bir alacaklı (creditor) ona ilişkin bir dava açamaz. Equity'e göre ise, alacaklıya dava açabilmesi için yasal bir çare (relief) sunulmuştur.³⁵

c. Equity acts *in personam*: Yargılama sürecinde şansölye davayı, davalıya emir ve yasaklamalar yöneltmek suretiyle bağlardı. Davalıya yönelen bu emir ve yasaklar ahlak kuralları ve objektif vicdani ilkelere uygun davranışlara yönlendirici bir

³¹ Bkz., Salmond, John, *a.g.e.*, s. 72-73. Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 8-9; David, René, *a.g.e.*, s. 318-319.

³² Salmond, John, *a.g.e.*, s. 208-209.

³³ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 10-12.

³⁴ Bkz., Zweigert, K.; Kötz, H., *a.g.e.*, s. 197; Rene David, *a.g.e.*, s. 314.

³⁵ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 11.

nitelik arz etmekteydi. Davalının bu emirlere karşı hareket etmesi durumunda hapis ya da mallarının müsaderesi gibi bir takım yaptırımlar söz konusu olurdu.³⁶

d. Equity talep eden kişi kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmelidir. *He who seeks Equity must do Equity*: Bu, yargılama sürecinde mahkemenin vereceği kararların vicdani ve iyi niyet ilkelerine bağlı olarak ortaya çıkmasını öngören bir maksimdir. Equity mahkemesi davalıya karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde davacıya yasal bir çare (relief) sunmaz.³⁷

e. Eşitlik equity'dir *-Equality is equity-*: Oldukça geniş bir uygulama alanı olan ve bir çok equity/hakkaniyet doktrininde de kaynağını oluşturan eşitlik ve tarafsızlığı deyimler. Buna göre equity, mümkün olduğunca hak ve yükümlülükler konusunda ilgililerin eşitlenmesi ilkesini öngörür. Ancak bu maksimde öngörülen eşitlik literal bir eşitlik değil, orantısal bir eşitliktir. Örneğin, common law'a göre bir kıymetli evrakla alacaklı olan ya da bir borç ilişkisi kuran kişinin (a bond creditor) böyle olmayan bir alacaklıya (a simple contract creditors) önceliği söz konusudur. Equity'ye göre ise, bütün alacaklılar eşit hakka sahiptirler.³⁸

Equity hukukunun uygulama ile oluşan tarihsel-hukuksal birikiminin özsel ifadelendirilişi olan bu ilkeler zamanla common law bünyesinde özümsemiştir. Ancak mahkeme kararlarına dayalı tipik bir ictihad hukuku (case law) olan İngiliz hukukunda yargıçların ortaya koymuş oldukları kuralların (judge-made law) bağlayıcı bir nitelik arz etmesi (rule of precedent)³⁹ nedeniyle, hukuksal yorumlamada formalist eğilimin ağırlığı kendisini hissettirmiştir.

Anglo-sakson hukuk geleneğinde common law ile equity arasındaki bu gerilimin günümüze taşınarak güncelliğini koruyan kadim bir sorun olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim hukukun yorumlanması ve uygulanması bağlamında common law geleneğinde yirminci yüzyıl başlarında kendini gösteren metodolojik formalizm, enstrümantalistlerin ağır eleştirilerine maruz kalmıştır. Hukukun yorumlayıcısı ve uygulayıcısı olan yargıçların formalist hukuksal yönleme başvurularını eleştiren konu yapan yargıç Holmes, 'hukuk yaşamının mantık değil, tecrübe olduğunu' ifade etmiştir.⁴⁰ Bu bağlamda, formalist eğilimli common law hakimlerinin ve bunların karşısında eleştirel bir tutum sergileyen enstrümantalist hukukçuların bir dava konusuna ilişkin olarak metodolojik yaklaşımlarını ipotetik bir kaç örnekle örneklen-direlim:

Davalının hamilelik dönemindeki ihmali nedeniyle ömür boyu sakat kalan bir çocuğun/davacının tazminat talebine ilişkin dava, davacı çocuğun yetkili temsilcisi tarafından ikame edilmiştir. Olayda hukuki mükellefiyetlere sahip olmayan davacının, zarara uğradığı sırada böyle bir hakkı kullanma yetki ve imkanı söz konusu değildir. Hukuki mükellefiyetler ile haklar arasında karşılıklılık ilkesi egemen oldu-

³⁶ Rene David, *a.g.e.*, s. 316.

³⁷ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 16.

³⁸ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 20.

³⁹ David, René, *a.g.e.*, s. 346.

⁴⁰ Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 131.

ğundan kişi, şahsiyeti olmadığı bir döneme ait zarardan dolayı hak talep edemez. Zira zararın meydana geldiği anda davalının ihlal ettiği hukuki haklar söz konusu değildir.

Bunun karşısında hukuku bir formal sistem olarak görmeyen enstrümantalist hukuk teorisyenlerinin bakış açısının getirdiği yorumlama biçimi ise şöyle ifadelendirilir:

"Eğer henüz doğmamış çocuğun hukuki mükellefiyetleri yoksa, hukuki hakları olabilir. Ve biz hakimler yararlı hedefler için bu kavramlarda değişiklik yapabiliriz. Eğer yukarıdaki çoğunluk kanaati hak-mükellefiyet ilişkisinde bir karşılıklık ve simetri üzerinde ısrar ederse, o halde çocuğun da, sahip olduğu hak nisbi bir haktır. Çoğunluk kanaatinin dayandığı, bu davayı kazanmak için başvuru olan bir mantık şeklindedir ve mantığın kötüye kullanılmasıdır. Gerçekten bu katı konseptualizm ve en kötü halinde, mekanik bir genel hukuk teorisidir. Asıl hakiki mesele hareket noktalarının seçilmesindedir. Mantık bunu emretmez. Mahkeme yeni tip bir haksız fiil iddiasının kabul edilmesi için maddi muhteva ile ilgili düşüncelerle bilgi edinmelidir. İhmal yüzünden, husule gelmiş bu zarar karşısında, zararın giderilememesi için bir sebep göremiyoruz."⁴¹

Yine, oldukça genelleştirilmiş hukuk beyanlarına itibar eden formalist hakimlerin yaklaşımlarını ortaya koyan olmuş bir olaya dayalı başka bir ipotetik örnek aktaralım:

"Burada davacı, bir hayvanını dikkatsizce, hatta ihmalle, yolun kenarına bağlamıştır. Davalı otomobilini kullanırken sert bir virajı hızlı dönmüş ve bağlı olduğu için yoldan uzaklaşamayan hayvanı öldürmüştür. Mahkeme, hayvanın kaybindan dolayı davacıya, davalının bir tazminat ödemesini reddetmiştir. Bu kararın dayanağı, (B)'ye karşı (T) davasının emsal kararıdır. O kararda da müştereken kusurlu olduğu için davalı, bu arada gene kusurlu olan davacıya bir tazminat vermemektedir. Orada davacı gece hızlı araba kullanarak, anayoldan aşağı inmekte iken ve davalı tarafından tıkanan yol kenarına çarpmıştır. Mahkeme bu emsali, aynen kendi kararına örnek kabul etmiştir."

Bu olayda formalist yargıçların önceki mahkemenin yaptığı genellemenin otoritesine dayanarak hüküm verdiklerini görmekteyiz. Buna karşı enstrümantalistlerin benimseyecekleri şöyle bir muhalefet şerhi ortaya çıkar:

"Mahkeme çoğunluğunun düşüncesi, önceki mahkemenin emsal görüşü 'müşterek kusuru tam bir engel' olarak kabul ettiğine göre, ona uymak gerektiği merkezindedir. Bu yanlıştır. Emsaldeki müşterek kusurla ilgili, sözde kural fazla geneldir. Emsal olayındaki hedefler fazla sürati menetmek, başkasına ika edilen zararı gidermektir. Oysa elimizdeki olaya, emsaldeki 'müşterek kusur' diye bir kavramı uygulamak hem yanlıştır, hem de emsaldeki hedefler elimizdeki olayın vakıalarına uymamaktadır; aslında yararlı kılınacak hedefleri de bozmaktadır. Elimizdeki olayda fazla sürat yapan davalıdır. Yoksa emsalde sürati sınırlanacak olan davacıdır. Sonra burada giderilecek olan zarar, emsaldekine nazaran daha fazladır. Buradaki davacı,

⁴¹ Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 132-133.

ordaki davacıya nazaran daha çok kusurludur. Böylece emsal olan (B)'ye karşı (T) davası, vakıaları bakımından tamamen farklı nitelikte olduğundan çoğunluk kararına katılmamak gerekir."

Formalist yönetime karşı enstrümantalistler hukukun yorumlanmasında 'kamu yararı düzenlemesi' düşüncesine öncelik vermişlerdir. Hukukun sosyal değişime paralel olarak değişiminin gerekliliğini vurgulamışlardır. Uygulamaya esas olan emsal kararın bir kesinlik ifade etmediğini ve common law'da gerçek bir hukuksal objektivitenin olmadığını öne sürmüşlerdir. 'Kural şüpheciliği' olarak adlandırılan bu tutum emsal kararlarda daima açık bir belirsizliğin olduğunu ortaya koyar.⁴² Hukukun yorumlanmasında enstrümantalistler, formalist tutumun öngördüğü lafzi yorum eleştirisi konusu yapmışlar ve bunun yerine gai yorum yöntemini tercih etmişlerdir.⁴³

III. İstihsan⁴⁴

İslam hukukunun ilk yüzyılında, hukukun temel işlevlerinden biri olan toplumsal yaşamın gereksinimlerini karşılama amacı doğrultusunda hukuk bilginlerinin çabaları, toplumsal ilişkileri düzenleyen pozitif hukuku oluşturmuştur. Hukuksal alana ilişkin çoğunlukla tümel veya tikel normları içeren iki temel kaynağın -Kur'an ve sünnet- re'y ve icthad yöntemleri ile yorumlanması ya da düzenlemeye konu olmayan boşlukların doldurulması çabası ile pozitif hukukun oluşumu gerçekleşmiştir. Ancak zaman içerisinde pozitif hukuk alanındaki bu serbest düşünüş biçiminin, hukuk metodolojisi alanındaki gelişim ile birlikte kıyas yöntemi dolayımından geçerek formalize edilmesine tanık olmaktayız. Hukukun temel niteliklerinden birinin düzen oluşu, hukukta biçimin/formalizmin gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁴⁵ Ancak klasik hukuk metodolojisinde formüle edilen bu lafız-anlam ilişkisine dayalı titiz ve ince bir yorumlama yöntemi, anlamın metodolojik formalizme kurban edilmesini önleyecek biçimde doğal hukuksal zeminde yorumlanan ve şekillenen bir hukuk anlayışına engel teşkil etmemiştir. Bunun en önemli kanıtını da, kıyas yönteminin katılıklarını düzeltmek amacıyla istihsan ve ıstıslah gibi akıl yürütme yöntemlerine başvurarak hakkaniyet ve 'ortak iyi' kavramlarına pozitif hukukun yorumlanmasında yer verilmesinde görmekteyiz.⁴⁶ Bu yönüyle istihsan, olan ve olması gereken hukuk ayrımı

⁴² Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 134-136.

⁴³ Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 152.

⁴⁴ Burada konunun teknik ayrıntısına girmeksizin daha çok kavramın işlevselliği üzerinde odaklanarak istihsanın metodolojik formalizmin aşılması bağlamında equity ile özdeş olan ve doğal hukuksal düşüncenin bir yansıması olarak varlık kazanan temel karakteristiği üzerinden durmaya çalışacağız. İstihsan'ın hukuk metodolojisinde ve doktrin içindeki gelişimi konusundaki teknik anlatımı konusunda bkz., Bardakoğlu, Ali, "İstihsan", *DİA*, XXIII, 339-347.

⁴⁵ Bkz. Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 16-19.

⁴⁶ Chehata, Chafik, "Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku" (çev. İ. Kâfi Dönmez), s. 88. Chehata, İslam hukukunda kıyas yönteminin doğuracağı katı ve formalist yorum anlayışının aşılması amacıyla hukuk bilginlerinin istihsan ve ıstıslaha başvurduklarını kabul etmekle birlikte, doğal hukuksal düşüncenin olmadığını öne sürmektedir. Chehata, Chafik, "agm.", s. 87. Aslında, yerleşik kuralın ya da kıyas yönteminin pozitif hukuk alanında yarattığı katılığın ve formalizmin aşılmasının metodik bir aracı olan istihsanın teorik zeminini doğal hukuk anlayışının oluşturduğunu görmekteyiz.

temelinde şekillenen ve bu ikisi arasında bir köprü kurmayı amaçlayan doğal hukuksal anlayışın metodolojik düzlemdeki tezahürü olmuştur.⁴⁷ Zira, hukuku değerler sisteminin bir parçası olarak gören doğal hukuk doktrini olanla, olması gereken/değer arasında bir köprü kurma işlevini üstlenir. Değer ile hukuk arasında bir birleşme ve kesişmeyi ifade eder. Doğal hukuk bir takım değerlerin normatif bir biçimde ifadelendirilmesi ve mutlak ve soyut olan değerlerin normatif bir dile dönüştürülmesi çabasıdır.⁴⁸

1. Kavramsal Çerçeve

Arap dilinde istihsan sözcüğü, "bir şeyi iyi ve güzel bulmak" anlamında kullanılır.⁴⁹ İslam hukuk tarihinde ilk kez kimin tarafından kullanıldığı tartışmalı olmakla birlikte istihsan, Ebû Hanîfe'nin şahsında Hanefî hukuk ekolü ile özdeşleştirilmektedir.⁵⁰ Genel anlamıyla İslam hukuku kaynaklarından hüküm çıkarma yöntemlerinden birini ifade eden istihsan kavramının tanımlanması, işlevlerinin belirlenmesi konusunda metodolojik düzeyde ciddi tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Burada yapılan teknik tartışmalara girmeksizin istihsanı, daha çok kavramın işlevselliğini gözler önüne serici bir genel tanımlamanın verilmesi ile yetineceğiz. Bu doğrultuda istihsan, hukuk bilgininin bir hukuksal sorunu çözerken icma, zaruret, örf ve maslahat gibi bir takım daha özel ve güçlü hukuksal delillere dayanarak genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp hukukun genel amaçlarına uygun başka bir hüküm vermesi olarak tanımlanabilir.⁵¹

İngilizce'de *juristic equity* ya da *preference* olarak karşılayabileceğimiz⁵² istihsan Hanefî hukuk bilginleri ile özdeşleşen bir yorumlama aracı olarak bu ekolün önde gelen isimlerinden olan Ebû'l-Hasan el-Kerhî'ye (öl. 340/951) yapılan atıfla terminolojide, "daha güçlü ve üstün bir gerekçe/delil nedeniyle bir konuda, benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmek" olarak tanımlanmıştır.⁵³ Yine bu hukuk ekolünün önde gelen isimlerinden biri olan Cessâs (öl. 370/981) ise istihsanı, "kendisine nisbetle önceliği bulunan bir delil nedeniyle kıyasın terkedilmesi" biçiminde tanımlamıştır.⁵⁴

İstihsan, kamu yararı, hakkaniyet veya adaletin gerçekleşmesi amacıyla katı kıyas uygulamasından ya da yerleşik kuraldan yüz çevirmektir.⁵⁵ Bu bağlamda kıyas

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstihsan Görüşü", *EÜİFD*, sy. 3 (1986), s. 111-138.

⁴⁸ Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", *AÜHF*, c. 47, sy. 1-4 (1998), s. 32-33.

⁴⁹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, "h-s-n" md., XIII, 114, 117.

⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz., Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, s. 145-146.

⁵¹ Bardakoğlu, Ali, "İstihsan", *DİA*, XXIII, 339.

⁵² Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, s. 164.

⁵³ Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 3; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 283.

⁵⁴ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 234.

⁵⁵ Hasan, Ahmad, *a.g.e.*, s. 145.

terimi, hukuk metodolojisinde bir akıl yürütme biçimini deyimleyen 'kıyas'⁵⁶ anlamında değil, İslam hukukunun formel yanını/temel normlarını temsil eden ve hukuk terminolojisinde kapsam yönüyle genel nitelikli şer'î nas/genel norm anlamında kullanılır. Terminolojide bir diğer kullanımı ise, İslam hukukunda veya bazı hukuk ekollerinde kabul edilen ve yerleşik genel kural anlamındadır.⁵⁷

2. İstihsan'ın Teorik Temelleri ve Uygulama Örnekleri

Normatif ve etik bir bilim olan hukuk alanında iki doğruluğun sağlanması gerekir. Bunlar, mantıkî doğruluk ve etik doğruluk ya da adalete uygunluktur.⁵⁸ Bir ayırımı gitmeksizin hukuk sistemlerinde bu iki temel doğruluk biçiminin gerçekleşmesi, daha çok sosyal değişimlerle birlikte doğan toplumsal gereksinimlerin zorlamaları ile ortaya çıkmıştır. Yalnızca mantıksal doğruluğun esas alınmasının yaratacağı toplumsal sıkıntıların aşılması bağlamında her hukuk sistemi kendi iç dinamikleriyle metodik refleksler geliştirmiştir. Metodolojik düzlemde mantıksal formalizmin doğuracağı katı, metin-merkezci ya da literalist yorümbilimsel yaklaşımın sakıncaları yine hukuk sistemlerinin kendi metodik enstrümanları ile aşılmıştır. Nitekim İngiliz hukukunda equity örneğinde olduğu gibi, İslam hukukunda da istihsanın bu amacı gerçekleştirme foksyonu ile ortaya çıktığını ifade edebiliriz.

Hukuk sistemlerinin süreklilik, değişmezlik ve düzen kaygısı ile sosyal değişimler karşısında normatif bir refleks sergilemelerine karşın, değişimin kaçınılmaz meydan okuyuşu karşısında hukuk teorilerinde değişim metodolojisi kadim bir problematik olarak varlığını sürdürülmüştür. Farklı hukuk sistemlerinde sosyal değişimin bu kaçınılmaz meydan okuyuşlarına karşı farklı yöntemlerin formüle edildiğini görmekteyiz. Yukarıda da ifade edildiği üzere, metodolojik formalizmin veya katılığın Roma hukukunda *jus civile* karşısında esnek olan *jus honorarium* ile, İngiliz hukukunda (common law) ise, equity hukuku yolu ile giderilme yoluna gidilmiştir.⁵⁹ Benzer biçimde İslam hukuk teorisinde de, sosyal değişimin gereklerine cevap verebilmeyen yöntemsel aracı olarak niteleyebileceğimiz birden çok metodik unsurun varlığından söz edebiliriz. Bunların başında da teorik çerçevesini ve uygulamasını, öncelikle Hanefî hukuk ekolünde görmüş olduğumuz istihsan gelmektedir. "Bu metod sayesinde bir yandan doktrinde iç tutarlılığın kontrol edildiği, bir yandan da yerleşik hukuk kuralları ile realite, adalet düşüncesi ve hukuk idesi arasında köprü kurulduğu görülür."⁶⁰

Son dönemde İslam hukuk tarihi alanında yapılan çalışmalar, pozitif hukuk ile sosyo-ekonomik, politik ve diğer gerçeklikler arasında çok yakın bir bağın olduğunu ortaya koymuştur. Bunun yanında pozitif hukuk ile hukuk teorisi arasında da sıkı bir

⁵⁶ İslam hukuk metodolojisinde kıyas, daha çok bilinen terimsel anlamında kullanılır. Bu da, bir "tekelin/fer'in", hükmün illetindeki birlik nedeniyle "tümelin/asl'ın" hükmüne dahil edilmesidir. Bir diğer anlamı ise, kapsamı yönüyle genel nitelikli şer'î nass anlamındadır. Bkz. Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (çev. İ. Kâfi Dönmez), s. 159-160.

⁵⁷ Bkz., Şelebî, *Ta'îl'ül-ahkâm*, s. 337.

⁵⁸ Bkz., Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 13-15.

⁵⁹ Masud, M. Halid, *İslam Hukuk Teorisi* (çev. Muharrem Kılıç), s. 32.

⁶⁰ Bardakoğlu, "İstihsan", s. 346.

ilişkinin varlığı da inkar edilemez. Serahsi hukuk teorisi üzerine kaleme aldığı eseri- ni, pozitif hukuk sistemini üzerine inşa ettiği metodolojinin açıklaması olarak niteler. Serahsi'nin *fıkıh usûlü*, onun pozitif hukuk ve hukuk uygulamasına verdiği önemi gösterir. Eserin furû konularına ilişkin referansları onun pozitif hükümler ile hukuk metodolojisi ve hukuki yorumlama teorisi arasındaki ilişkinin varlığını ortaya koyar. Benzer biçimde, diğer Hanefî hukuk bilginleri de kendi dönemlerinin hukuki uygulamalarına büyük bir önem vermişlerdir. Dolayısıyla, *usûl-ü fıkıhın* gerçek varlık nedeni ve temel amacı pozitif hukuk olmuştur.⁶¹ Pozitif hukuk ile hukuk teorisi arasındaki bu sıkı ilişki hukuk uygulamasının hakkaniyet ve nasafet ilkeleri doğrultusunda gerçekleşmesinin metodik aracı olarak istihsan ortaya çıkmıştır. Nitekim, Roma ve İngiliz hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da, yargısal adaletin daha üst düzeyde gerçekleştirilmesi suretiyle yargısal süreçte bir reforma gereksinim duyulduğu durumlarda bazı equity formları ortaya çıkmıştır. Gerçekte bütün hukuk sistemlerinde içkin bulunan standart adaletin (justice) bütün durumlara uygulanabilirliğinin imkansızlığı nedeniyle, Aristo yasal adaletin düzelticisi olarak equity'e gereksinim olduğunu belirtir.⁶²

Hukukun adaletli olabilmesi için, adalet düşüncesinin ya da doğal hukuk ilkelerinin gereklerini yerine getiriyor olması gerekir.⁶³ Bu gereklilik doğrultusunda, başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinin yasal düzenlemelerine -pozitif hukuka- yön verecek ya da çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığı söz konusudur. Bir anlamda tüm hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal zemin her bir hukuk sistemi içinde var olagelmıştır. Adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirlediği kavramsal çerçevenin pozitif hukuk ve hukuk metodolojisi alanında yönlendirici bir işleve sahip olduğunu görmekteyiz. Nitekim, İslam hukuku özelinde 'adalet' ve 'hakkaniyet' ilkelerinin hukukun birincil kaynağında⁶⁴ formüle edildiğine tanık olmaktadır.

Hanefî hukuk bilginlerinin istihsanı, 'gizli kıyas istihsanı' ve 'istisna yoluyla istihsan' olmak üzere iki ana bölüme ayırdıkları görülmektedir.⁶⁵ Çalışmamıza örneklem olarak belirlediğimiz Serahsi'ye göre istihsan, "üzerinde iyice düşünmeden hemen hatıra geliveren açık kıyasa aykırı olan delildir. Olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyice düşünüldükten sonra, bu aykırı olan delilin daha kuvvetli olduğu anlaşılır ve bu delil ile amel etmek gerekir".⁶⁶ 'İstisna yoluyla istihsan' başlığı altında hukuk bilginlerinin istihsan uygulamalarının dayanakları açısından yaptıkları alt sınıflamaya göre, hukuk metodolojisinde beş çeşit istihsan uygulaması görülmektedir. Bunlar nass, icma, zaruret, örf ve maslahat sebebiyle

⁶¹ Hallaq, Wael B., "Usul Al-Fiqh: Beyond Tradition, *Journal of Islamic Studies*, s. 182-183.

⁶² Khadduri Macit, *The Islamic Conception of Justice*, s. 155-156. Bkz., dipnot no. 15.

⁶³ Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 223.

⁶⁴ Bkz., 2/282; 3/21; 4/3, 58, 127, 129; 5/8, 42; 6/152; 7/29, 159, 181 vd.

⁶⁵ 'Gizli kıyas istihsanı', çözümünü aranan hukuki soruna uygulanabilecek birbiriyle çatışan iki kıyas hükmünün bulunması durumunda hükmün sevk amacı açısından daha güçlü ve fakat gizli olan kıyas hükmünün, daha açık olan ve sevk amacı yönüyle daha zayıf olana tercih edilmesidir. Bardakoğlu, "İstihsan", s. 342.

⁶⁶ Serahsi, *el-Usûl*, II, 200.

yapılan istihsan türleridir. Bir hukuksal sorunun genel bir hükmün ya da kuralın kapsamına sokularak ya da ona kıyas edilerek hukukun genel gayelerine aykırı bir biçimde çözümlenmesi kamu yararını zedeleyici -insanların sıkıntıyla yüzleşmesi- nitelikte olabilir. Bir kısım maslahatların göz ardı edilerek insanların sıkıntıya girmelerine neden olabilecek biçimde yapılan böyle bir hukuk uygulamasının doğuracağı sakıncaların giderilmesi amacıyla, hukuk metinlerinde yer alan ilgili düzenlemeye (Kur'an ya da sünnette) başvurulması nass sebebiyle istihsan olarak adlandırılır.⁶⁷

Serahsî, hocası Şemsü'l-Eimme Abdülaziz el-Hulvânî'den (öl. 448/1050) rivayetle, istihsan'ın temel işlevlerini ortaya koyan bir takım tanımlar aktarmıştır. Bu tanımlara göre istihsan, "kıyasın terk edilerek insanlar için en uygun ve yararlı olanın" veya "karşılaşılan zorluklarda, hükümler için kolay olanın alınmasıdır." Benzer biçimde uygulamada istihsanın kullanım amacını ortaya koyar biçimde, hüküm verirken "genişliğin, rahatlığın ve kolaylığın esas alınması" olarak tanımlanmıştır.⁶⁸ Görüldüğü üzere, istihsanın temel işlevi insanlar için en uygun, yararlı ve kolay olanın tercihi ile karakterize edilmektedir. Toplumsal yarar ve kolaylık ilkesi, hukukun etik doğruluk ya da adalet değeri bağlamında yorumlanmasını öngörür. Mantıksal formalizmin yol açabileceği adaletsizlik ve toplumsal sıkıntılar, doktrinde hukuk bilginlerince istihsan formu ile varlık kazanan bir yöntembilimsel araçla çözümlenmeye çalışılmıştır.

Hukuk bilginleri istihšana, 'genel norm/kıyas karşısında daha güçlü bir delilin bulunması' durumunda başvurmuşlardır. Burada genel norm/kıyas karşısında istihšana yönelmenin temel nedeni, hükmün oluşumunu doğrudan belirleyen illet ve delilin istihsandaki daha güçlü olarak bulunmasıdır.⁶⁹ Genel norma/kıyasa dayalı olarak hüküm verilmesi kamu yararını ve hakkaniyet ilkelerini zedeleyici nitelikte ise, daha güçlü bir delile dayanarak hüküm inşa edilir. Örneğin, istisnâ (eser) sözleşmesi genel norma/kıyasa göre geçersizdir. Ancak hukuk bilginleri icma'ya dayanarak yaptıkları istihsan ile bunun geçerliliğine hükmetmişlerdir.⁷⁰ Doktrinde istisnâ (eser) sözleşmesi icma sebebiyle istihsan uygulamasına örnek olarak zikredilmiştir.

İstihsanın temel işlevlerini ortaya koyar biçimde Serahsî'nin aktardığı tanımlar, bir anlamda hukuk bilginlerinin istihšana başvuru gerekçelerini ortaya koymaktadır. Bu gerekçelerden birisi de, genel anlamda güçlük ve zorluğu kaldırma, kolaylığı sağlama ve zararı giderme olarak nitelendirilebilir.⁷¹ Bu çerçevede genel norm/kıyasın yaratacağı toplumsal sıkıntıların aşılması bağlamında, hukukta teknik ifadeyle *zarûret* ilkesine dayanarak istihšana başvurulduğunu görmekteyiz. Örneğin, kuyu ve havuzların içine düşen pisliklerden arındırılabilmesi kullanılan suyun pislikle sürekli teması nedeniyle genel norma/kıyasa göre mümkün değildir. Ancak,

⁶⁷ Bkz., Serahsî, *el-Usûl*, II, 202 vd. (Nass ve icma'ın bizzat kendilerinin hüküm kaynağı olduğu, deliller hiyerarşisinde kıyastan önce geldiği ve istihšana da nass ve icmanın bulunmadığı alanlarda başvurulabileceği gerçeğinden hareketle *nass ve icma sebebiyle istihsan* şeklindeki klasik ifadeye karşı çıkan İslam hukukçuları da vardır. Bu konuda bk. Zerkâ', *el-Fikhu'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedîd*, Dımaşk 1967-68, I, 85-86).

⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

⁶⁹ Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 9.

⁷⁰ Bkz., Serahsî, *el-Usûl*, II, 203; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 10.

⁷¹ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

toplum için bir zorluk yaratabilecek olan bu kıyas hükmü, istihsanın amacı olan kolaylık ilkesi gereğince terk edilerek, belirli bir miktarda suyun kuyu ve havuzlardan boşaltılarak temizlenebileceği hükmüne varılmıştır.⁷² Bu çerçevede doktrinde yer alan şu örnek de ilgi çekicidir. Hanefî hukuk ekolünde doktrinde benimsenen genel kural, ihtiyaç sahibi/fakir zimmî bir babası olan müslümanın, din ayrılığı gerekçesiyle ona nafaka verme yükümlülüğü söz konusu değildir. Zira hukuken birbirlerinin terikelerine mirasçı olmamaları nedeniyle, nafaka ödeme yükümlülükleri de söz konusu değildir. Ancak, Hanefî hukuk bilginleri, evrensel ahlaki bir norm niteliğinde olan "onlarla/ana-babıyla dünyada iyi bir şekilde geçin"⁷³ ilkesine/ayetine dayanarak (nass sebebiyle) istihšana yönelip, doktrinde yerleşik kuralla çelişir biçimde zimmî de olsa müslümanın fakir olan ana-babasına nafaka vermesi gerektiği yönünde bir sonuca gitmek suretiyle, kamu yararı ilkesi gibi daha üst bir normu/doğal hukuk ilkesini esas alan bir yorumlamaya gitmişlerdir.⁷⁴

Yine toplumda kadınların karşılaşılabileceği bir sosyal soruna hukuksal bir çözüm üretme bağlamında doktrinden şu örneği aktarabiliriz. Ölümçül bir hastalığa yakalanan kişinin eşini boşamasından sonra, kadının bekleme (iddet) süresi içinde ölmesi durumunda, hukukun genel normu ya da kıyas hükmü uyarınca boşanan kadının eşine mirasçı olmaması gerekir. Ancak bu mağduriyeti gideren istihsan hükmü gereğince, kadın bekleme süresi içerisinde ölmesi durumunda kocasına mirasçı olabilir. Hukuk bilginleri bu konuda 'sahabe ittifakı' ile ortaya çıkan istihsan hükmünü esas alıp, genel normu/kıyas hükmünü bırakmışlardır.⁷⁵

İslam hukukunda benimsenen genel kurala göre, bir satım sözleşmesinde mevcut olmayan şeyin *-ma'dûmun-* satımı hukuken geçersizdir. Buna bağlı olarak, tamamen çıkmamış ya da olgunlaşmamış tarım ürünlerinin satımı geçersizdir.⁷⁶ Ancak hukuk bilginleri kendi dönemlerindeki yerleşik örf ve teamüle dayanarak, hukukun bu genel hükmüne aykırı olmasına rağmen, karpuz, patlıcan, üzüm gibi ürünlerde bu tür satımı hukuken geçerli kabul etmişlerdir. Bu konuda hukuk bilginleri yerleşik teamülü esas alarak istihsan yapmak suretiyle, hukuksal formalizmin doğuracağı toplumsal sıkıntıyı aşmışlardır.⁷⁷ Yine bir başka istihsan uygulaması doktrinde şöyle ifadelendirilmiştir. Hukukta yerleşik kurala göre, kişi bizzat kendi gözüyle görmediği bir şey konusunda tanıklık yapamaz. Ancak, Hanefî hukuk bilginleri nesep, nikah, ölüm gibi konuların kanıtlanmasında işitme yolu ile elde edilen bilgiye dayanarak tanıklık yapılabileceğini istihsan hükmünü esas alarak kabul etmişlerdir. Bu tür konularda görmek suretiyle bilgi sahibi olmanın oldukça az ve bazı kişilerce mümkün olması ve bu konuların ileriye dönük uzun etkilerinin bulunması nedeniyle istihšana yönelinmiştir. Bunun doğuracağı sıkıntı ve güçlüğü, aşılması amacıyla, kesin bilgiye

⁷² Serahsî, *el-Usûl*, II, 203; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 11.

⁷³ 31/15.

⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, V, 206, 226.

⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 154-155.

⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 193, 195, 196.

⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 197.

dayanması gerekliliğini öngören genel norm/kıyas hükmü terk edilmiştir.⁷⁸

Maslahat ya da kamu yararı ilkesine dayanan bir istihsan uygulaması örneği de ziraat ortaklığıdır (*müzâraa*). Hanefî hukuk ekolündeki yerleşik kurala göre ziraat ortaklığı, kira sözleşmesinde olduğu gibi akdi yapan tarafların veya taraflardan birinin ölümü ile sona erer. Fakat zararı gidermek ve maslahat düşüncesiyle, bazı durumlar bu kuraldan istisnâ edilmiştir. Örneğin, toprak sahibi ölmüş ve mahsul henüz yetişmemiş ise, varisler araziyi boşaltmasını istese bile, bu durumda, kıyasa aykırı olmakla beraber istihsanen sözleşmenin devam edeceğine hükmedilmiştir. Burada, emek sahibinin menfaatini korumak ve zarara uğramasını önlemek için genel kural bırakılarak istihsan yapılmıştır.⁷⁹

Son olarak kişisel mağduriyetin telafi ve tazmini bağlamında yetersiz olan genel normun/kıyas hükmünün terkedilip, hakkaniyet ilkesine dayalı bir hükme yönelmenin bir örneği olarak şunu zikredebiliriz. Kamunun yararlandığı bir ana yolun kenarında kendisine ait bir arazide bir duvar inşa eden kişinin yaptığı bu duvar tehlikeye arz edecek bir biçimde eğilirse ve bu durum kendisine bildirildiği halde onu yıkmak suretiyle gerekli önlemi almadığı takdirde, duvarın kendiliğinden bir insanın üzerine yıkılması durumunda, kıyas hükmüne göre o kişiye tazmin gerekmez. Zira, bu olayda, arazi sahibinin bizzat gerçekleştirdiği bir haksız fiil söz konusu değildir. Ancak Hanefî hukuk bilginleri kıyas hükmünün doğuracağı mağduriyeti gidermek amacıyla, istihšana yönelmişler ve onun tazmin yükümlülüğünün olduğu yönünde bir hüküm vermişlerdir.⁸⁰

Sonuç

Hukuk sistemleri yaratıcı kaynakları ya da biçimsel kaynakları açısından birbirlerinden ayrışıyor olsa bile, insanlığın ortak değerleri olan adalet, hakkaniyet ve ortak iyi gibi kavramlarla içeriklendirilen hukukun kökeni konusunda evrensel ve nesnel bir hukuk-kuramsal zeminin varlığından söz edebiliriz. Tüm pozitif hukuk sistemleri için varlığını kabul edebileceğimiz bu evrensel ve nesnel arkaplan 'olması gereken hukuk' olarak kavramsallaştırılan doğal hukuksal perspektiftir. Hukuk sistemlerine ilişkin karşılaştırmalı tarihsel bir analiz bu gerçekliği kanıtlar niteliktedir. Özellikle, tarihsel oluşum ve gelişim biçimleri açısından göreceli olarak, bu iki hukuk sistemi arasında karşılaştırmalı bir çalışmayı daha da anlamlı kılacak bir takım benzerliklerin olması konuyu daha ilgi çekici yapmaktadır.

İnsanlığın toplumsal belleğinde var olan hukuk idesinin, olgusal dünyada bir form/biçim kazanmasında belirleyici oluşu, hem pozitif hukuk ve hem de hukuk kuramı alanında bir takım arayışlara kapı aralamıştır. Her hukuk sisteminde adalet, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gibi soyut ilkelerin hukuk uygulamasında gerçeklik kazanması amacına dönük metodolojik araçlar var olagelmıştır. Nitekim bu çalışmanın sınırlı çerçevesi içerisinde ortaya koymaya çalıştığımız üzere, her iki hukuk sistemi özdeş amaçlara yönelen bir değer boyutuna referansla metodolojik ve pozitif

⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 149-150.

⁷⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 45.

⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9.

hukuksal gelişimini sürdürmüşlerdir. Bu makalenin konusunu oluşturan, İngiliz hukukunda *equity* ve İslam hukukunda istihsan, bu bağlamda özdeş işlevlere sahip olmuşlardır. Özdeş bir işlevselliğe sahip olan bu iki metodik aracın arkaplanında da evrensel ve nesnel değerler içeren doğal hukuksal bakış açısının varlığı kendisini göstermektedir.

Kaynakça

- Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, Lahore, tsz.
- Abdülazîz el-Buhârî (öl. 730/1330), *Kesfi'l-esrâr*, I-IV, Beyrut, 1994.
- Aristotle, *Ethics*, (trans. J.A.K. Thomson), London, 1976.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, 1979.
- , *Toplum ve Adaletli Yaşam*, İstanbul, 1988.
- Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara, 1991.
- Bardakoğlu, Ali, "İstihsân", *DİA*, XXIII, 339-347.
- , "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", *EÜİFD*, sy. 3 (1986), Kayseri 1986, s. 111-138.
- Black, H. Campbell, *Black's Law Dictionary*, Minnesota, 1983.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (öl. 370/981), *el-Füsûl fi'l-usûl*, thk. Acil Câsim en-Neşmî, Kuveyt 1994, I-IV.
- Chehata, Chafik, "Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku" (çev. İ. Kâfi Dönmez), *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi*, VIII/1-4, İstanbul, 1984, s. 71-88.
- Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, Philadelphia, 1992.
- Curzan, L. B., *English Legal History*, London, 1968.
- Çağil, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul, 1966.
- Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, 1998.
- Farrar, John H.-Dugdale, Anthony M., *Introduction to Legal Method*, London, 1990.
- Fransworth, E. Allan, *Amerikan Hususi Hukukuna Giriş*, İstanbul, 1961.
- Gazzâfî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (öl. 505/1111), *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Bûlak-Kahire 1906'dan ofset Beyrut ts.
- Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, 1993.
- Hallaq, Wael B., "Usul Al-Fiqh: Beyond Tradition", *Journal of Islamic Studies*, 3, (1992).
- "From Fatwas to Furu: Growth and Change in Islamic Substantive Law", *Islamic Law and Society*, 1 (February 1994), s.17-56, 4.
- Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamabad, 1988.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Cemalüddîn (öl. 771/1369), *Lisânü'l-Arab*, I-XV, Beyrut, 1990.
- John Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *American Journal of Comparative Law*, 33 (1985), s.63-92.
- Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", *AÜHFD*, c. 47, sy. 1-4, 1998.
- Khadduri, Macit, *The Islamic Conception of Justice*, London, 1984.

- Masud, M. Khalid, *İslam Hukuk Teorisi* (çev. Muharrem Kılıç), İstanbul 1997.
- Ovacık, Mustafa, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1986.
- Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, İstanbul, 1988.
- Özsunay, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976.
- Parry, Clive, *İngiliz Hukuk Sistemi* (çev. Vakur Versan), İÜHF yay., İstanbul 1945.
- Rahim Bakhsh, *Principles Maxims and Leading Cases in Equity*, Lahore, ty.
- Rene David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (çev. Argun Köteli), İstanbul, 1966.
- Salmond, John, *Salmond's Jurisprudence*, Lahore, 1989.
- Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1965.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed (öl. 483/1090), *el-Usûl*, nşr. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut 1991, I-II.
- , *el-Mebsût*, Kahire 1324-31'den ofset Beyrut, 1993, I-XXX.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'îlül'l-ahkâm*, Beyrut 1981.
- Şaban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev. İ. Kâfi Dönmez), Ankara, 1990.
- Yalçinkaya, Namık Kemal, *İngiliz Hukuku*, Ankara, 1981.
- Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul, 1982.
- Zerkâ', Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedîd*, Dımaşk 1967-68.
- Zweigert, Konrad- Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992.